

Aktenzeichen: 2 AZR 509/79

LAG Hamm Urteil des BAG vom 26. November 1981

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: KSchG § 9 Abs. 1 Satz 1; BGB § 626 Abs. 1

Leitsätze:

1. Der Senat gibt seine bisherige Rechtsprechung auf, der Begriff der Unzumutbarkeit in § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG sei ebenso anzuwenden, wie bei der arbeitnehmerseitigen außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB (BAG vom 5. November 1964 – 2 AZR 15/64 – BAG 16, 285 = AP Nr. 20 zu § 7 KSchG).
2. Während § 626 Abs. 1 BGB regelt, unter welchen Voraussetzungen das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der Kündigungsfrist beendet werden kann, nennt § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG die Voraussetzungen, unter denen dem Arbeitnehmer nach festgestellter sozialwidriger Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Dieser unterschiedliche Normzweck der beiden Vorschriften erfordert auch unterschiedliche Beurteilungsmaßstäbe für den Begriff der Unzumutbarkeit in § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG und § 626 Abs. 1 BGB. Gründe, die zur fristlosen Kündigung berechtigen, machen zwar stets auch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG unzumutbar. Andererseits können schon solche Tatsachen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG unzumutbar machen, die für eine fristlose Kündigung nicht ausreichen.



2 AZR 509/79

10 Sa 1530/77 Hamm

Verkündet am
26. November 1981

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Oktober 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Fischer und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 8. Februar 1979 - 10 Sa 1530/77 - aufgehoben, soweit es den Auflösungsantrag des Klägers abgewiesen und über die Kosten entschieden hat.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war bei der Beklagten, einem Bauunternehmen, seit 15. August 1963 beschäftigt, u. a. in deren Fertigungsabteilung als Betonbauer mit der Anfertigung von Fassadenteilen. Wegen angeblich starken Rückgangs der Produktion und völliger Einstellung der Fertigung von Fassadenteilen kündigte die Beklagte dem Kläger das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 24. Januar 1977 zum 28. Februar 1977. Eine zuvor vom 20. Januar zum 31. Januar 1977 ausgesprochene Kündigung erklärte sie ausdrücklich für unwirksam.

Mit der am 8. Februar 1977 erhobenen Kündigungsschutzklage machte der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend. Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen und hilfsweise, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen. Das Arbeitsgericht gab der Klage statt und wies den Auflösungsantrag der Beklagten zurück. Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung ein. In der Berufungsbegründung vom 2. Januar 1978 verteidigte sie die Betriebsbedingtheit der Kündigung und die richtige soziale Auswahl und beantragte in der mündlichen Verhandlung vom 13. März 1978 unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts die Klage abzuweisen. Der Kläger stellte in der Berufungsverhandlung vom 13. März 1978 neben dem Antrag, die Berufung zurückzuweisen, erstmalig zum Protokoll den Antrag, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Er begründete den Antrag in einem Schriftsatz vom 30. Juni 1978, der am 3. Juli 1978 formlos an die Beklagte übersandt worden ist. Im Termin am 2. Oktober 1978 nahm die Beklagte die Kündigung zurück mit der Begründung, derzeit bestehe ein Interesse an der Beschäftigung des Klägers. Nach streitiger Verhandlung im Termin am 8. Februar 1979 nahm sie die Berufung zurück. Der Kläger willigte in die Rücknahme nicht ein.

Daraufhin hat die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 28. Oktober 1977 - 1 Ca 137/77 - abzuändern und die Klage abzuweisen;
2. den Auflösungsantrag des Klägers abzuweisen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Der Kläger hat beantragt,

1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen;
2. das Arbeitsverhältnis aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer Abfindung zu verurteilen.

Der Kläger hat seinen Auflösungsantrag damit begründet, die Beklagte habe durch ihren eigenen Auflösungsantrag in der ersten Instanz zu erkennen gegeben, sie gehe davon aus, daß eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen ihr und dem Kläger nicht mehr gegeben sei. Die jetzt begehrte Abweisung des klägerischen Auflösungsantrages stehe dazu im krassen Gegensatz. Es müsse davon ausgegangen werden, daß er, der Kläger, bei der Weiterbeschäftigung nicht mehr einwandfrei behandelt werde und bei geplanten Kündigungen "zweifellos" als erster betroffen werde. Hinzu komme, daß die Beklagte, wie bereits in der ersten Instanz, seine Qualifikation als Maurer anzweifele, obwohl sie ihn viele Jahre zu ihrer größten Zufriedenheit als Maurer beschäftigt habe und seine Qualifikation bereits in der Beweisaufnahme vor dem Arbeitsgericht von zwei Vorgesetzten als Zeugen eindeutig bestätigt worden sei. Die Beklagte habe ihn also bewußt in seiner Berufsehre gekränkt. Aus diesem Grunde könne er nicht erwarten, daß sie ihn in Zukunft als vollwertige Fachkraft einsetze.

Die Beklagte hat erwidert, dieser Vortrag sei verspätet, da der Kläger die ihm gesetzte Frist zur Begründung seines Auflösungsantrages überschritten habe. Das sei damit zu erklären, daß der Kläger den Auflösungsantrag auch nicht begründen könne. Die strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung an einen Auflösungsantrag stelle, habe der Kläger nicht dargelegt. Er stütze sich statt auf Tatsachen auf unrichtige Vermutungen. Das ergebe sich bereits daraus, daß sie ausdrücklich wiederholt dem Kläger ihre Bereitschaft erklärt habe, ihn als Maurer weiterzubeschäftigen. Sie selbst habe im Termin vom 28. Oktober 1977 vor dem Arbeitsgericht den Auflösungsantrag auch nicht wegen zerstörten Vertrauensverhältnisses gestellt, sondern damit begründet,

- 4 -



daß sie zum damaligen Zeitpunkt wegen fehlender Aufträge keine Einsatzmöglichkeit für den Kläger gehabt habe. Der Terminsvertreter sei dabei davon ausgegangen, daß der Kläger kein qualifizierter Maurer sei, weil er eine entsprechende Ausbildung nicht habe. Mit zerstörtem Vertrauensverhältnis habe das nichts zu tun. Inzwischen habe sich die Auftragslage gebessert.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten und den Auflösungsantrag des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger weiterhin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über den Auflösungsantrag und insoweit zur Zurückverweisung des Rechtsstreits, weil der Sachverhalt noch weiter aufgeklärt werden muß.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das Arbeitsverhältnis könne auf Antrag des Arbeitnehmers nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG nur dann gegen Zusprechung einer Abfindung aufgelöst werden, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer nicht mehr zuzumuten sei. Der Begriff der Unzumutbarkeit in § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG sei inhaltlich identisch mit dem in § 626 Abs. 1 BGB. Unzumutbar sei dem Arbeitnehmer daher die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur, wenn er selbst einen Grund zur außerordentlichen Kündigung habe. Er habe die Tatsachen darzulegen und notfalls zu beweisen, aus denen sich die Berechtigung zur außerordentlichen Kündigung ergeben sollen. Der Vortrag des Klägers sei insoweit unschlüssig: Er begnüge sich mit der Vermutung, er werde bei der nächsten Gelegenheit wieder entlassen, lege aber nicht die Tatsachen dar, die einen entsprechenden Schluß rechtfertigten. Es sei zwar nicht von der Hand zu weisen, daß die Beklagte die Kündigung möglicherweise nur aus taktischen Erwägungen, nicht



aber aus innerer Bereitschaft, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, zurückgenommen habe. Sie habe nämlich eine Weiterbeschäftigung erst angeboten, als sie gewußt habe, daß ihr ein finanzielles Risiko nicht entstehen würde. Für die Befürchtung des Klägers spreche auch, daß die Beklagte erst nach Eröffnung der Berufungsverhandlung und der Erörterung der prozessualen Schwierigkeiten die Kündigung zurückgenommen habe; zudem habe die Beklagte die Kündigung und die Berufung erst zurückgenommen, nachdem der Kläger einen Auflösungsantrag gestellt hatte, obwohl die als Begründung hierfür angegebene Verbesserung der Auftragslage schon sehr viel früher festgestanden habe. Dies alles bringe aber für die Befürchtungen des Klägers noch keinen Beweis.

Der Kläger könne sich auch nicht erfolgreich darauf berufen, daß die Beklagte selbst in der ersten Instanz einen Auflösungsantrag gestellt habe, denn mit ihm sei sie unterlegen und habe wegen dieses Unterliegens keine Berufung eingelegt, so daß das Urteil des Arbeitsgerichts insoweit rechtskräftig geworden sei. Selbst wenn aber der Auflösungsantrag der Beklagten als noch existent behandelt würde, könne dem Auflösungsantrag nicht entsprochen werden. Entgegen der überwiegenden Meinung in der Literatur binde der Antrag beider Parteien, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, das Gericht keineswegs. Dieses habe vielmehr zu prüfen, ob die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterschiedlichen gesetzlichen Voraussetzungen für die Auflösung vorliegen oder nicht.

II.1. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, die Tatsache, daß die Beklagte in erster Instanz selbst einen Auflösungsantrag gestellt habe, sei für die Beurteilung des Antrags des Klägers ohne rechtliche Bedeutung.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Auflösungsantrag bis zum Ende der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz ohne Einwilligung des Prozeßgegners zurückgenommen werden (BAG vom 28. Januar 1961 - 2 AZR 482/59 - BAG 10, 339 = AP Nr. 8 zu § 7 KSchG; Urteil vom



- 6 -

26. Oktober 1979 - 7 AZR 752/77 - AP Nr. 5 zu § 9 KSchG 1969; vgl. auch Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 9 Rz. 15; KR-Becker § 9 KSchG Rz 22). Vorliegend hat die Beklagte in erster Instanz hilfsweise einen Auflösungsantrag gestellt, der ebenso wie der Hauptantrag vom Arbeitsgericht abgewiesen wurde. Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte Berufung eingelegt mit dem Antrag, in Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts die Klage abzuweisen. Mit diesem Antrag hat sie mit genügender Deutlichkeit erkennen lassen, daß die Berufung auf den Antrag, die Klage abzuweisen, beschränkt werden und der Antrag auf Auflösung nicht weiterverfolgt werden sollte, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat. Da in der Berufungsinstanz keine beiderseitigen Auflösungsanträge vorgelegen haben, kommt es auf die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage, ob das Auflösungsbegehren beider Parteien das Gericht bindet und zwingt, das Arbeitsverhältnis ohne Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen aufzulösen, nicht an.

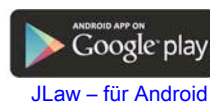
2. Auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Auflösungsantrag des Klägers sei zulässig, ist im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 KSchG kann grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gestellt werden (§ 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG). Der in der Berufungsverhandlung vom 13. März 1978 gestellte Auflösungsantrag des Klägers genügte allerdings nicht den Anforderungen einer Anschlußberufung gemäß § 522 a ZPO, weil der Klägervertreter statt eine Anschlußschrift einzureichen, den Antrag zu Protokoll erklärt hat (Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 39. Aufl., § 522 a Anm. 1). Den Antrag hat der Klägervertreter aber mit Schriftsatz vom 30. Juni 1978 näher begründet. Hierin ist eine zulässige Wiederholung der Anschlußberufung zu sehen (BAG vom 18. Januar 1968 - 5 AZR 207/67 - AP Nr. 4 zu § 522 a ZPO). Diese Anschlußberufung hat der Prozeßbe-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



vollmächtigte des Klägers auch ordnungsgemäß eingereicht. Ihre fehlende Zustellung ist im vorliegenden Falle unschädlich, weil die Beklagte diesen Mangel in der nächsten Verhandlung vom 2. Oktober 1978 nicht gerügt hat, obwohl sie erschienen war und der Mangel ihr bekannt gewesen sein mußte (§ 295 ZPO).

3. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu der Frage der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG kann aber nur zum Teil gefolgt werden.

a) Auf Antrag des Arbeitnehmers ist das aufgrund gerichtlicher Feststellung durch die Kündigung nicht aufgelöste Arbeitsverhältnis gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG unter Zuerkennung einer angemessenen Abfindung dann aufzulösen, wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Bei der Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter diese Vorschrift handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die nur beschränkt revisibel ist. Das Revisionsgericht kann - ebenso wie bei anderen unbestimmten Rechtsbegriffen - nur nachprüfen, ob die Voraussetzungen des § 9 KSchG erfüllt sind und ob das Berufungsgericht den Begriff der Unzumutbarkeit verkannt und ob es bei der Prüfung der vom Arbeitnehmer vorgetragenen Auflösungsgründe alle wesentlichen Umstände vollständig und widerspruchsfrei berücksichtigt und gewürdigt hat (vgl. dazu auch BAG vom 29. Januar 1981 - 2 AZR 1055/78 - [auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt]). Selbst diesem eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstab halten die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts nicht stand.

b) Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 KSchG kommt nur in Betracht, wenn die Kündigung nach gerichtlicher Feststellung sozialwidrig ist. Hiervon ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Nachdem der Kläger am 13. März 1978 den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung zu Protokoll gestellt und im Schriftsatz vom 30. Juni 1978 begrün-



- 8 -

det hatte, nahm die Beklagte am 2. Oktober 1978 die Kündigung zurück. Die Rücknahme der Kündigung nach Erhebung der Kündigungsschutzklage bedeutet der Sache nach ein Anerkenntnis des Feststellungsanspruchs (KR-Friedrich § 4 KSchG Rz 63; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 4 Rz. 15; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., Rdnr. 46, alle m.w.N.).

Die Rücknahme der Kündigung enthält im allgemeinen auch das Angebot des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen, das der Arbeitnehmer durch Erhebung der Kündigungsschutzklage bereits antizipiert angenommen haben kann (vgl. Stahlhacke, aaO, im Anschluß an Böttcher, Festschrift für Doelle, 1963, S. 77; KR-Friedrich aaO Rz 64). Anders ist es, wenn der Arbeitnehmer - wie im vorliegenden Falle - vor der Rücknahme der Kündigung bereits den Auflösungsantrag gestellt hat. Dann ist die Hauptsache nicht erledigt, vielmehr hat das Gericht dem Feststellungsantrag stattzugeben und über den Auflösungsantrag zu entscheiden, weil der Kläger mit dem Auflösungsantrag die in der Kündigungsschutzklage enthaltene antizipierte Zustimmung zur Rücknahme der Kündigung rechtzeitig widerrufen hat (vgl. ausführlich zu den Rechtsfolgen der "Rücknahme" einer Kündigung Senatsurteil vom 29. Januar 1981, aaO; im Ergebnis ebenso Hueck, aaO, Rz. 16; KR-Friedrich aaO Rz 70; Stahlhacke, aaO, Rdnr. 48, alle m.w.N.).

c) Dagegen kann den Ausführungen des Berufungsgerichts zu dem Begriff der Unzumutbarkeit nicht gefolgt werden. Bereits im Urteil vom 29. Januar 1981 (aaO) hat der Senat dargelegt, welche gewichtigen Bedenken gegen die bisher herrschende Meinung bestehen, an die Unzumutbarkeit i. S. des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG die gleichen Anforderungen zu stellen, wie bei einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB. Im einzelnen gilt folgendes:

- 9 -



aa) Nach der auch von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geteilten Meinung sind an die Unzumutbarkeit i. S. des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG gleiche Anforderungen zu stellen wie bei einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB (BAG vom 5. November 1964 – 2 AZR 15/64 – BAG 16, 285 = AP Nr. 20 zu § 7 KSchG m. zust. Anm. v. Herschel; Ammermüller, DB 1975, Beil. Nr. 10, S. 5; Bleistein, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., S. 204; Herschel/Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 7 Rz. 6; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 9 Rz. 18; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band 1, S. 661 Fußn. 129; Neumann, AR-Blattei, "Kündigungsschutz VI" unter B II; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1. Band, S. 786 Fußn. 145; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 141 IV 1 [S. 745]; Stahlhacke, aaO, Rdnr. 369). Es soll bei der Interessenabwägung darauf abzustellen sein, ob und inwieweit der Arbeitgeber durch seine vorangegangene sozialwidrige Kündigung eine etwaige Unzumutbarkeit verursacht oder wenigstens zu ihr beigetragen hat.

bb) Dagegen werden im Schrifttum zunehmend gewichtige und durchgreifende Bedenken erhoben. Es wird darauf hingewiesen, daß im Hinblick auf den unterschiedlichen Normzweck des § 626 Abs. 1 BGB einerseits und des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG andererseits die zu § 626 BGB erarbeiteten Unzumutbarkeitsmaßstäbe nicht ohne weiteres auf § 9 KSchG übertragen werden können (vgl. dazu Auffarth/Müller, § 7 KSchG, Anm. 9; Auffarth, DB 1969, 523 [529]; Dietz, NJW 1951, 944; Hofmann, ZfA 1970, 63 [75 ff.]; Hoppe, DB 1968, 311; KR-Becker § 9 KSchG Rz 38 und 39; Maus, § 9 KSchG, Rz. 16; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, § 9 Anm. 2 b). Diesen Bedenken schließt sich der Senat an und gibt seine bisherige Rechtsprechung insbesondere aufgrund folgender Erwägungen auf:

Während sich bei § 626 Abs. 1 BGB die Prüfung darauf beschränkt, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht wenigstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende zumutbar ist, muß bei § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG geprüft werden, ob die Fortsetzung des



Arbeitsverhältnisses überhaupt, d. h. auf unbestimmte Dauer, zumutbar ist. Darin liegt ein grundlegender Unterschied, der auch unterschiedliche Beurteilungsmaßstäbe erfordert. Gründe, die zur fristlosen Kündigung berechtigen, werden zwar regelmäßig auch solche sein, die dem Arbeitnehmer i. S. des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Dagegen können einem Arbeitnehmer aber auch Gründe die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG unzumutbar machen, die für eine fristlose Kündigung nicht ausreichen. Bestreitet der Arbeitgeber z. B. – wie im vorliegenden Falle – trotz gegenteiliger Aussagen der Vorgesetzten des Arbeitnehmers, daß dieser für bestimmte Aufgaben die nötige Qualifikation besitzt, so kann es dem Arbeitnehmer durchaus zuzumuten sein, mit dem Arbeitgeber noch bis zum Ende der einmonatigen Kündigungsfrist weiter zusammenzuarbeiten. Dagegen ist die Basis für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit auf unbestimmte Zeit entfallen. Der Arbeitgeber erweckt durch dieses Verhalten in dem Arbeitnehmer die begründete Befürchtung, so wie im Prozeß werde der Arbeitgeber auch in Zukunft seine Qualifikation für bestimmte Arbeiten – hier als Maurer – bestreiten und ihn nicht mit einer seiner Ausbildung und seinem Können adäquaten Arbeit betrauen. Wie dieses Beispiel zeigt, geht es weniger um die in der wissenschaftlichen Diskussion aufgeworfene Frage, ob an die Unzumutbarkeit gemäß § 9 KSchG gleich strenge oder weniger strenge Anforderungen wie nach § 626 Abs. 1 BGB zu stellen sind, als darum, daß an den Unzumutbarkeitsbegriff andere Anforderungen zu stellen sind, die dem Normzweck des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG entsprechen.

Dem steht auch nicht Sinn und Zweck des Kündigungsschutzgesetzes entgegen. Das Kündigungsschutzgesetz dient zwar vornehmlich dem Schutz des Arbeitsplatzes, es ist also ein "Bestandsschutzgesetz" und kein "Abfindungsgesetz" (BAG vom 5. November 1964 – 2 AZR 15/64 – BAG 16, 285 [291 f.] = AP Nr. 20 zu § 7 KSchG [zu III der Gründe]; BAG vom 29. Januar 1981, aaO). Dabei ist aber zu berücksichti-

gen, daß die dem Arbeitnehmer gesetzlich eingeräumte Möglichkeit, gemäß § 9 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verlangen, gleichwertig neben § 1 KSchG steht. Der im Interesse der Arbeitnehmer geschaffene Bestandsschutz soll also, wie schon die Regelungen des § 7 und des § 12 KSchG zeigen, nicht gegen den Willen des Arbeitnehmers durchsetzbar sein.

Daher gibt der unterschiedliche Normzweck von § 626 BGB und § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG den Ausschlag dafür, an den Begriff der Zumutbarkeit unterschiedliche Anforderungen zu stellen, die berücksichtigen, daß es nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG darum geht, ob eine Zusammenarbeit auf unbestimmte Zeit dem Arbeitnehmer noch zuzumuten ist.

III. 1. Da das Landesarbeitsgericht von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausgeht, das Arbeitsverhältnis könne nur durch Urteil aufgelöst werden, wenn der Arbeitnehmer ein Recht zur außerordentlichen Kündigung hat, ist das angefochtene Urteil bereits aus diesem Grunde aufzuheben. Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht bei Zugrundelegung eines dem besonderen Normzweck des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG entsprechenden Maßstabes für die Prüfung der Zumutbarkeit das Arbeitsverhältnis aufgelöst hätte.

2. Wie die Revision auch zu Recht rügt, hat das Landesarbeitsgericht bei der Prüfung der vom Kläger vorgetragenen Auflösungsgründe nicht alle wesentlichen Umstände vollständig und widerspruchsfrei berücksichtigt und gewürdigt. Der Kläger hat den Auflösungsantrag u. a. damit begründet, die Beklagte zweifele nach wie vor seine Qualifikation als Maurer an, daher könne er auch nicht erwarten, von der Beklagten als vollwertige Fachkraft eingesetzt zu werden. Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Vortrag des Klägers nicht auseinandergesetzt, obwohl hierzu Anlaß genug bestanden hätte. Im Arbeitsvertrag vom 15. August 1963 – seit dieser Zeit arbeitet der Kläger bei der Beklagten zu deren Zufriedenheit – ist der Kläger bei der Beklagten als Maurer eingestellt worden, in dem Antrag



- 12 -

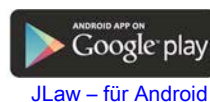
auf Arbeitserlaubnis vom 3. Dezember 1973 hat die Beklagte bestätigt, daß der Kläger als Maurer beschäftigt wird, dementsprechend hat der Kläger für den 3. Januar bis 7. Mai 1974 eine Arbeitserlaubnis als Maurer erhalten. Am 10. April 1974 wird in einem erneuten Antrag auf Arbeitserlaubnis von der Beklagten wiederum bestätigt, der Kläger werde als Maurer beschäftigt. Daraufhin hat dieser für die Zeit vom 8. Mai 1974 bis 7. Mai 1979 die Arbeitserlaubnis erhalten. Trotzdem hat die Beklagte in der ersten Instanz bestritten, der Kläger habe auf verschiedenen Baustellen als Maurer gearbeitet, statt dessen habe er mauererähnliche Arbeiten und Handlangerdienste erledigt. Die Beklagte hat dann vorgeschlagen, der Kläger möge sich einem kurzen Probemauern unterziehen. Als er sich damit einverstanden erklärte, hat sie im Schriftsatz vom 1. Juni 1977 ein Probemauern von einem ganzen Tagewerk verlangt. Auch nachdem der Betonwerkmeister R , Vorgesetzter des Klägers bei der Beklagten, und der Maurerpolier L , Vorgesetzter des Klägers bei dessen jetzigem Arbeitgeber übereinstimmend ausgesagt hatten, der Kläger sei in der Lage, alle schwierigen Maurerarbeiten auszuführen und habe dies stets zu ihrer vollen Zufriedenheit getan, der Zeuge L darüber hinaus bekundet hatte, es gäbe viele deutsche gelernte Maurer, die wesentlich schlechtere Arbeiten verrichteten als der Kläger, hörte die Beklagte nicht auf, die Fähigkeiten des Klägers als Maurer anzuzweifeln. Dies setzte sich auch in der Berufungsinstanz fort.

Diese zur Begründung des Auflösungsantrags vorgetragenen Tatsachen sind wesentlich für die Frage, ob dem Kläger die Zusammenarbeit auf Dauer noch zugemutet werden kann, denn die Fähigkeiten eines langjährigen Mitarbeiters - zumindest zuletzt wider besseren Wissens - ständig herabzusetzen, bedeutet eine ganz erhebliche Kränkung der Berufsehre. Sie sprechen für die Besorgnis, daß der Kläger auch in Zukunft nicht entsprechend seinen Fähigkeiten bei der Beklagten eingesetzt würde, er vielmehr bei einer Fortdauer des Ar-

- 13 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



beitsverhältnisses mit Diskriminierungen zu rechnen hätte. Das Landesarbeitsgericht wird bei der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits eingehend zu prüfen haben, ob nicht die Berücksichtigung dieser Umstände in Verbindung mit dem zutreffenden Maßstab für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu dem Ergebnis führen muß, das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Klägers aufzulösen. Eine ersetzende Entscheidung zugunsten des Klägers war dem Senat nur deshalb nicht möglich, weil das Landesarbeitsgericht zu der Qualifikation des Klägers keine Feststellungen getroffen und die Aussagen der Zeugen nicht gewürdigt hat.

Hillebrecht

Triebfürst

Weller

Fischer

Dr. Bächle

